



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2011

---

## **Rôles de la Comco et analyse des accords restrictifs en relation avec la problématique du franc fort**

Canapa, Damiano

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-55536>  
Journal Article

Originally published at:

Canapa, Damiano (2011). Rôles de la Comco et analyse des accords restrictifs en relation avec la problématique du franc fort. *Sous toutes réserves*, (21):14-17.

## Rôles de la Comco et analyse des accords restrictifs en relation avec la problématique du franc fort

Damiano Canapa, titulaire du brevet d'avocat, LL.M. (Collège d'Europe), assistant à l'université de Zurich<sup>1</sup>

### I. Introduction

La Commission de la concurrence (Comco) s'est rarement trouvée pareillement au centre de l'attention des médias et de nombre de discussions quotidiennes qu'au cours de ces derniers mois<sup>2</sup>. En cause, son apparente absence d'action concrète en rapport avec la non-transmission – ou la transmission incomplète – des avantages de cours de change aux consommateurs et aux entreprises se procurant des produits à l'étranger suite à la forte appréciation du franc suisse ; d'aucuns considèrent en effet la Comco comme un surveillant des prix *bis*.

En lien avec cette problématique épineuse, cet article examinera les tâches attribuées à la Comco par la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (= LCart ; RS 251). Puis l'attention sera portée sur le mécanisme d'analyse des accords restrictifs en matière de concurrence appliqué en Suisse et sur les difficultés, pour la Comco, d'effectuer un travail optimal compte tenu de l'état actuel de la loi. En rapport avec ce dernier point, une possibilité de modification législative sera présentée. En conclusion, il sera indiqué que certaines annonces récentes semblent indiquer la direction à suivre, et qu'il est souhaitable qu'elles se concrétisent.

### II. Tâches assumées par la Comco

La Comco est responsable d'assurer la bonne application de la LCart, dont le but est notamment le bien-être des consommateurs (cf. art. 96 Cst féd.)<sup>3</sup>. À cette fin, elle use des outils mis à sa disposition par ladite loi. Elle est par ailleurs liée par la liberté économique, garantie par la Constitution fédérale (art. 27 Cst féd.). Il est généralement reconnu que le droit de la concurrence suisse repose sur trois piliers : la lutte contre les accords restrictifs en matière de concurrence, celle contre les abus de position dominante, ainsi que le contrôle des concentrations d'entreprises. Or la Comco joue un rôle précis dans la mise en œuvre de chacun de ces piliers.

#### 1. Accords restrictifs

En matière de lutte contre les accords restrictifs en matière de concurrence, la Comco peut, conformément à l'art. 49a LCart, imposer une sanction administrative d'un montant pouvant aller jusqu'au 10% du chiffre d'affaire réalisé en Suisse au cours des trois dernières années si elle parvient à prouver l'existence d'un tel accord, défini à l'art. 4 LCart. La décision de la Comco est susceptible de recours au TAF puis au TF. Pour prononcer une sanction, la Comco doit impérativement prouver l'existence d'un accord restrictif entre au moins deux entreprises indépendantes : cela signifie, en particulier, que la Comco ne saurait intervenir en cas de décision interne à un groupe d'entreprises, tel que le choix par un producteur assurant lui-même la distribution de ses produits dans différents pays, de facturer de manière différenciée sa production sur le marché allemand et sur le marché suisse. C'est là une limite fondamentale du droit de la concurrence.

---

<sup>1</sup>L'auteur tient à remercier chaleureusement Me Adrien ALBERINI, Dr en droit, pour sa relecture attentive et ses suggestions.

<sup>2</sup> Voir notamment : Claudia BLUMER, Die Bremser von der Wettbewerbskommission, in : Tages Anzeiger du 24 août 2011 ; Valerie ZASLAWSKI, Empörung der Konsumenten im Internet, in : Neue Zürcher Zeitung du 12 août 2011.

<sup>3</sup> But au moins indirect, cf. Roger ZÄCH/Andrian KÜNZLER, Freedom to Compete or Consumer Welfare : The Goal of Competition Law according to Constitutional Law, in : Roger ZÄCH/Andreas HEINEMANN/Andreas KELLERHALS, The Development of Competition Law, Cheltenham/Northampton 2010, p. 61, 70 s.

Afin d'assurer une concurrence saine, il est par conséquent impératif que le droit de la concurrence prévoie des règles permettant à la Comco de lutter avec efficacité contre ce type d'accords. Ainsi, en rapport direct avec la problématique traitée par cet article, la Comco a récemment publié un document intitulé « Transmission incomplète des avantages de cours de change »<sup>4</sup>, qui revient largement sur la problématique des accords restrictifs, et dont il sera question *infra*, sous III 2.

## 2. Abus de position dominante

De manière similaire à la situation prévalant en matière d'accords entre entreprises, la Comco a la possibilité, suivant l'art. 49a LCart, de sanctionner les entreprises occupant une position dominante sur un marché donné et abusant de ladite position. En effet, conformément à l'art. 7 al. 1 LCart, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent la concurrence<sup>5</sup> ; l'art 7 al. 2 LCart énonce, à titre d'exemple, une série de comportements considérés comme illicites, parmi lesquels se trouvent la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix (let. b) ou le fait d'imposer des prix inéquitable (let. c)<sup>6</sup>.

En rapport avec la problématique de la transmission incomplète des avantages de cours de change, la Comco pourrait, théoriquement, s'appuyer sur la législation réprimant l'abus de position dominante. Encore faudrait-il que les conditions constitutives de cette infraction soient réalisées: l'entreprise devrait se trouver en position dominante sur un marché et la non-transmission des avantages de cours de change être constitutive d'un abus (parce que discriminatoire ou imposant un prix inéquitable) et prouvée comme telle (ce qui constituerait la principale difficulté). Ainsi, le rôle occupé par la répression de l'abus de position dominante, s'il existe, est en tout cas très limité actuellement, raison pour laquelle il n'en sera plus question ultérieurement<sup>7</sup>.

## 3. Contrôle des concentrations d'entreprises

Finalement, les concentrations (fusions et acquisitions) entre entreprises dépassant certains seuils de chiffre d'affaires, ou occupant déjà en position dominante sur un marché avant la concentration, doivent être notifiées à la Comco avant leur réalisation. Dans ce cadre, la Comco est chargée d'examiner si la concentration est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante et peut, dans un tel cas, interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges (art. 9 et 10 LCart). On voit cependant mal la Comco se servir de ses compétences en matière de contrôle des concentrations pour agir en matière de transmission incomplète des avantages de cours de change.

## III. Accords restrictifs : vers une simplification du mécanisme d'analyse ?

---

<sup>4</sup> Comco, Transmission incomplète des avantages de cours de change, Berne 2011, disponible sous : <http://www.weko.admin.ch/aktuell/01054/index.html?lang=fr> (dernière consultation : 3 octobre 2011).

<sup>5</sup> Le seul fait pour une entreprise de se trouver en position dominante ne constitue ainsi pas, en soi, une infraction à la LCart ; cf. Evelyn CLERC, Commentaire de l'art. 7 LCart, in : Pierre TERCIER/Christian BOVET (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Bâle/Genève/Munich 2002, N. 1.

<sup>6</sup> En Suisse, la pratique en matière de répression d'abus de position dominante connaît encore certaines incertitudes : en effet, la condamnation prononcée dans ce cadre par la Comco à l'encontre de Swisscom (amende de plus de 333 millions de francs en raison de l'imposition de prix de terminaison inéquitables) a récemment été annulée par TF (cf. ATF 137 II 199).

<sup>7</sup> Dans ce cadre, il convient toutefois de signaler la proposition de modification de la réglementation en matière de position dominante formulée par Monsieur le Professeur Roger ZÄCH, pour qui une différenciation exagérée entre les prix Suisse et étranger devrait être considérée comme abusive si elle est sans raison valable (cf. Der Club, Konsumenten-Abzocke: wie lange noch?, animé par Christine MAIER, diffusé sur SF 1, 16 août 2011, 22h20, 80 minutes) ; cf. également : Lukas SCHARPF, So diktieren die Hersteller unsere Preise, in : Neue Luzerner Zeitung du 17 août 2011, où l'ancien surveillant des prix, Rudolf Strahm, propose une solution similaire.

## 1. Introduction

Comme indiqué *supra*, la Comco a récemment publié un document intitulé «Transmission incomplète des avantages de cours de change». Dans celui-ci, la Comco rappelle qu'elle peut intervenir lorsque les achats à l'étranger sont empêchés par des accords illicites entre entreprises en matière de concurrence et explique que lesdits accords peuvent prendre la forme d'un *cartel horizontal de prix* (importateurs suisses d'un produit particulier provenant de l'étranger s'entendant pour ne pas transmettre les gains de change aux entreprises suisses ou aux consommateurs), d'une *fixation verticale des prix* (producteur étranger d'un produit imposant à tous les commerçants établis en Suisse d'exiger le même prix des consommateurs), ou d'un *cloisonnement de marché* (protection territoriale absolue – fabricant étranger d'un produit empêchant absolument les importations parallèles en interdisant à ses distributeurs de vendre ses produits à la clientèle suisse – constitue un cas particulier d'accord vertical)<sup>8</sup>.

S'il est exact que la Comco a déjà eu l'occasion, par le passé, de sanctionner des entreprises qui avaient conclu des accords interdisant l'importation parallèle de leurs produits en Suisse (soit hors des canaux de distribution agréés)<sup>9</sup> et qu'elle est en ce moment même active dans le cadre de plusieurs autres procédures<sup>10</sup>, il apparaît que certains aspects du mécanisme d'analyse des accords restrictifs appliqué en Suisse compliquent passablement l'action de la Comco, augmentant à la fois les coûts et durées des procédures.

## 2. Analyse des accords restrictifs en Suisse

Selon l'art. 5 al. 1 LCart, deux types d'accords sont considérés comme illicites : ceux qui *affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique* (art. 5 al. 1 *ab initio* LCart) et ceux qui *conduisent à la suppression d'une concurrence efficace* (art. 5 al. 1 *in fine* LCart).

En cas d'*accord affectant de manière notable la concurrence*, la Comco est tenue de prouver la notabilité de l'accord en fonction de critères qualitatifs et quantitatifs. S'il est établi que l'accord affecte de manière notable la concurrence, il convient dans un second temps d'analyser s'il peut être justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). À défaut de justification, un accord sera considéré comme illicite et passible de sanction.

En cas d'*accord conduisant à la suppression d'une concurrence efficace*, l'illicéité est présumée. Sur le plan horizontal, il s'agit des accords fixant les prix, ceux relatifs aux quantités, ainsi que les répartitions de marché (art. 5 al. 3 LCart). Sur le plan vertical, sont concernés les accords fixant un prix de vente minimum ou fixe et ceux menant à un cloisonnement du marché suite à une attribution de territoires (exclusion totale de vente, y compris passive, par d'autres fournisseurs agréés – art. 5 al. 4 LCart). La présomption de suppression de la concurrence efficace engendrée par un accord (et, partant, son illicéité) est cependant réfragable, ce qui est analysé par la Comco dans chaque procédure. En cas de renversement de ladite présomption, la Comco est alors tenue d'examiner la notabilité de l'accord en procédant de la même manière que dans le cas d'un *accord affectant de manière notable la concurrence*<sup>11</sup> ; en particulier, elle supporte alors le fardeau de la preuve.

---

<sup>8</sup> Comco, op. cit., p. 1 s.

<sup>9</sup> La société Gaba, productrice du dentifrice Elmex, a été condamnée à une amende de CHF 4.8 millions pour avoir imposé à son titulaire de licence en Autriche une interdiction d'exportation vers la Suisse. Comco, Décision du 30 novembre 2009 (Gaba International AG), DPC 2010/1, p. 65.

<sup>10</sup> Dirigées notamment contre les sociétés BMW (communiqué de presse de la Comco du 25 octobre 2010) et Nikon (communiqué de presse de la Comco du 25 mars 2010), disponibles sous [www.weko.ch](http://www.weko.ch).

<sup>11</sup> En cas d'accord horizontal, l'accord réalise, de par sa nature, l'élément qualitatif de notabilité, mais pas forcément l'élément quantitatif ; en cas d'accord vertical, la notabilité est en général présente, sauf si les effets de la restriction sur

Ainsi, dans l'hypothèse où une partie parvient à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace entraînée par un accord, la Comco doit investir d'importants moyens pour démontrer la notabilité de celui-ci, alors même que son illicéité était, de par sa nature, présumée. La conséquence de cette manière de procéder est l'augmentation des coûts et des durées des procédures cartellaires, car la preuve de la notabilité de la lésion à la concurrence et son absence de justification doivent être apportées par la Comco au terme d'une analyse complexe.

### 3. La procédure européenne comme source d'inspiration ?

Sur le plan européen, l'art. 101 TFUE<sup>12</sup> prévoit l'interdiction de tous les accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence au sein du marché intérieur. Une liste de comportements prohibés, qui comprend notamment la fixation de prix, le contrôle de la production ou la répartition de marchés est fournie à titre d'exemple (§ 1). Ces accords sont nuls de plein droit (§ 2). Cependant, l'interdiction peut être justifiée par les parties sur la base du § 3, si l'accord entraîne des gains d'efficacité.

Partant, de manière similaire à la situation existant en Suisse, il existe, sur le plan européen, une présomption d'illicéité de certains types d'accords. Cependant, alors que ladite présomption peut être renversée en droit suisse, déclenchant le complexe mécanisme d'analyse examiné *supra*, elle entraîne, en droit européen, la nullité de plein droit de l'accord. Par conséquent, la Commission européenne, qui occupe, sur le plan européen, le rôle d'autorité de contrôle de la concurrence, peut se limiter, à condition que certaines conditions soient réalisées, à déclarer la nullité d'un accord et laisser aux parties le soin d'apporter la preuve de la réalisation des conditions de l'art. 101 § 3 TFUE<sup>13</sup>. Si tel devait être le cas, la Commission européenne garderait toujours le loisir de répondre aux arguments avancés.

Cette différence de paradigme avec le système prévu par la LCart, où la Comco est tenue d'apporter la preuve de la notabilité d'un accord si les parties parviennent à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace, est essentielle<sup>14</sup>. Il est en effet toujours plus fastidieux d'apporter la preuve de l'illicéité d'un comportement que de répondre à des arguments prétendant justifier un comportement illicite et nul de plein droit.

## IV. Conclusions

Le point de départ de cette analyse était constitué par l'impression de la passivité de la Comco en rapport avec la problématique de la transmission incomplète des avantages de cours de change aux échelons inférieurs des chaînes de distribution suite à la forte appréciation connue par le franc suisse au cours de ces derniers mois.

Au vu des différentes tâches qui, en l'état, sont attribuées à la Comco, une fonction de surveillant

---

le marché ne sont pas significatifs.

<sup>12</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 83 du 30 mars 2010, p. 47.

<sup>13</sup> En démontrant que les conditions pour l'octroi d'une exemption individuelle sont réalisées ou, plus vraisemblablement, que l'accord remplit les conditions prévues par un règlement d'exemption par catégorie.

<sup>14</sup> Cette différence provient du fait que la Suisse a adopté, en matière de concurrence, le principe de l'abus, selon lequel une entrave à la concurrence, pour être interdite, doit entraîner des conséquences négatives (définition propre à la Suisse) – lesdites conséquences devant être prouvées par la Comco, alors que le droit européen est régi par le principe de l'interdiction, suivant lequel les entraves à la concurrence sont interdites sans qu'aucune décision de l'autorité ne soit nécessaire – une justification de l'entrave pouvant être apportée par les parties (cf. l'art. 2 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

des prix *bis* ne saurait lui être imputée. En effet, l'intervention de la Comco est subordonnée à l'existence d'une distorsion de la concurrence et, en particulier, elle ne saurait fixer de manière indépendante des prix qu'elle jugerait trop élevés. S'il est exact que l'action de la Comco aura, la plupart du temps, un effet sur le niveau des prix, ce dernier sera uniquement indirect, conséquence de la levée de la distorsion concurrentielle.

Par ailleurs, une amélioration significative des possibilités d'action de la Comco en rapport avec la lutte contre les accords restrictifs (qui, nous l'avons vu, peuvent être à l'origine de la transmission incomplète des avantages de cours de change) passe par une modification législative du mécanisme d'analyse desdits accords. Le Conseil fédéral semble d'ailleurs prêt à engager une révision allant dans ce sens, puisque, sur la base du modèle européen, il propose d'interdire certains types d'accords restrictifs (accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, accords verticaux sur les prix et les cloisonnements territoriaux), sans possibilité de renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace (actuellement fréquente en pratique), tout en laissant aux parties à un tel accord la possibilité de justifier celui-ci pour des motifs d'efficacité économique<sup>15</sup>. Cette « interdiction partielle des accords avec possibilité de justification » présenterait l'avantage, selon le Conseil fédéral, d'être conforme à l'art. 96 Cst féd.<sup>16</sup>, car elle ne prévoirait pas d'interdiction systématique des accords en matière de concurrence.

En attendant l'aboutissement souhaitable de cette modification législative, le Conseil fédéral a d'ores et déjà décidé de doter le Secrétariat de quatre postes supplémentaires pendant deux ans, afin de permettre le traitement simultané d'un nombre d'affaires plus important<sup>17</sup>. Par ailleurs, la Comco tente de faciliter le signalement par les consommateurs de ce qui leur semble être une violation potentielle de la concurrence à travers la mise en ligne d'un formulaire pouvant lui être retournée de manière anonyme<sup>18</sup>. Ces mesures, si elles ne sauraient se substituer à une modification de la loi, indiquent au moins la direction à suivre et il est à souhaiter qu'elles ne resteront pas lettre morte une fois que les titres de l'actualité auront une nouvelle fois évolué.

---

<sup>15</sup> Département fédéral de l'économie, Rapport explicatif ; Interdiction partielle des cartels avec possibilité de justification : adaptation de l'art. 5 de la loi sur les cartels conformément à la décision du Conseil fédéral du 17 août 2011, Berne 23 septembre 2011, p. 1.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>17</sup> Département fédéral de l'économie, Communiqué de presse du 17 août 2011, Berne.

<sup>18</sup> Disponible sous : <http://www.weko.admin.ch/aktuell/01054/index.html?lang=fr> (dernière consultation : 3 octobre 2011).